
Causas de ineficacia de la acción de repetición en Colombia y sus posibles correctivos*

Causes of the ineffective repetitive action in Colombia and its possible remedies

William Guillermo Jiménez**

wjimen@yahoo.com.mx

Israel Soler Pedroza***

israelsoleerp@yahoo.com

RESUMEN

El Estado Colombiano viene siendo condenado a pagar cuantiosas condenas en virtud de los daños causados por la acción o la omisión de sus agentes, sin que exista una correspondiente y eficaz acción de repetición que establezca la responsabilidad de estas personas y la recuperación de los dineros públicos. El objetivo del estudio es establecer cuáles han sido las causas por las cuales la acción de repetición no ha obtenido los resultados esperados, así como señalar posibles correctivos. Es un estudio explicativo que privilegia el método cualitativo, con un diseño metodológico de cinco categorías de análisis que se abordan recurriendo a fuentes primarias y secundarias mediante las técnicas de la entrevista, la revisión documental (estado del arte y procesos judiciales) y la observación directa. Las conclusiones señalan: a) Baja valoración de la acción; b) Pésima eficacia en condenas y recuperación de dineros; c) Alta demora de los procesos; d) Diversos factores que desestimulan su uso; e) Cuatro grandes causas del fracaso de los procesos, y f) Nueve posibles correctivos.

Palabras clave: Acción de repetición, responsabilidad del agente estatal, eficacia jurídica, correctivos

1. ABSTRACT

The Colombian State has been sentenced to pay spensive convictions under the damage caused by any action or omission of its agents, without which there is a corresponding and effective repetition action to establish responsibility for these people and the recovery of public funds. The paper objective is to establish what have been the reasons for which the repetition action has not achieved the expected results, as well as draw attention to possible corrective measures. It is an explanatory study that favors the qualitative method, with a methodological design of five categories of analysis that addresses using primary and secondary sources through the techniques of the interview, a documentary review (state of the art and prosecutions) and direct observation. The findings show: (a) Low rating action; (b) Bad effectiveness in convictions and recovery of money; (c) High delay of processes; (d) Miscellaneous factors that discourage its use; (e) Four major causes of the failure of processes, and f) Nine potential remedies.

Key words: Repetition action, State agent responsibility, legal effectiveness, remedies.

Fecha de recepción: 07 de enero de 2012

Fecha de aceptación: 15 de mayo de 2012

* Adaptación para artículo de investigación terminada de una monografía sobre el tema, la cual se desarrolló, sustentó y aprobó en la Maestría en Derecho, Programa Derecho Administrativo de la Universidad Sergio Arboleda.

** Abogado y Administrador Público, doctor en Ciencias Políticas de la Universidad de Santiago de Compostela, especialista en Derecho Administrativo y especialista en Planificación del Desarrollo Regional. Profesor Titular de la Escuela Superior de Administración Pública –ESAP- y la Universidad Libre; abogado independiente.

*** Abogado, magíster en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, especialista en Derecho Administrativo, especialista en Derecho Penal, Especialista en Gestión y Responsabilidad Fiscal y Especialista en Derecho Probatorio; Juez Tercero Administrativo del Circuito de Tunja; Magistrado auxiliar Consejo de Estado.

1. INTRODUCCIÓN

Hasta 1951 se consideraba que el funcionario no debía responder ante la Administración por las faltas cometidas en el ejercicio de sus funciones, su responsabilidad cuando se presentaba, era únicamente ante los particulares perjudicados por sus decisiones o su conducta. No obstante lo anterior, en Francia a partir del *fallo Laurelle* del 28 de julio del año en referencia varió dicha posición y en consecuencia, a partir de esa fecha el agente debe responder ante el Estado por faltas o culpas personales.

En Colombia también se había adoptado la teoría de la irresponsabilidad del funcionario, la cual varió, y por ende empezaron a aplicarse también los principios franceses, principalmente por disposición del Art. 40 del Código de Procedimiento Civil y luego, de conformidad con lo previsto en el Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo), la Constitución Política de 1991 (Art. 90), la Ley 270 de 1996 y la Ley 678 de 2001, entre otras normas relacionadas con la materia, que ordenan adelantar la acción de repetición o el llamamiento en garantía con fines de repetición.

Pese a todo el desarrollo normativo expuesto, en la actualidad se observa con preocupación el hecho que el Estado colombiano viene siendo condenado por la justicia administrativa a pagar cuantiosas sumas de dinero por los daños causados por la acción o la omisión de sus agentes, sin que exista una correspondiente y eficaz acción de repetición tendiente a establecer la responsabilidad y recuperar las sumas pagadas.

Aunque existe una buena producción literaria y académica relativa a la acción de repetición, la mayor parte de la literatura es de carácter ilustrativo o pedagógico acerca de las características y posibilidades de la misma. Otra parte de la bibliografía es más analítica y crítica, dando ciertas aproximaciones a la problemática, pero dejando abierto el campo para muchas inquietudes, especialmente en lo relacionado con las causas o razones que no han permitido el funcionamiento adecuado de la acción de repetición, así como las posibles soluciones o correctivos que se deben aplicar¹.

Entonces es evidente una contradicción entre una profusa normatividad, por un lado, y por otro, unos datos fácticos que demuestran la escasa eficacia de la acción de repetición para la recuperación de dineros a favor del Estado, que es el fin último de esta acción (finalidad reparatoria). Es necesario por tanto, investigar cuáles son las diferentes causas por las que no ha sido posible lograr mejores resultados para la acción de repetición y la consecuente recuperación de dineros en favor del Estado. Se formula la siguiente pregunta como **problema de investigación**: *¿Cuáles han sido las causas por las que en Colombia no ha operado satisfactoriamente (con la eficacia esperada) la acción de repetición y qué soluciones se pueden proponer al respecto?*

El **objetivo general** consiste en establecer cuáles han sido las causas por las que la acción de repetición no ha obtenido los resultados esperados, tanto en número de condenas que profiere la jurisdicción contencioso administrativa, como en el monto de los recursos que se deben recuperar. Los **objetivos específicos** se pueden enunciar del siguiente modo: a) Aclarar cuáles son las razones que desestimulan o impiden el uso de la acción de repetición; b) Determinar las causas que imposibilitan el éxito de los procesos de acción de repetición adelantados; c) Establecer el monto de las sumas recuperadas en sentencias, frente a las sumas que se esperaba recuperar, según las pretensiones de la demanda; d) Identificar las acciones y correctivos que se consideren pertinentes para la solución del problema.

Sobre la **estrategia metodológica**, el trabajo adopta la forma de investigación aplicada o socio-jurídica, asumiendo un tipo de estudio predominantemente explicativo. En cuanto al enfoque metodológico, se privilegia el método cualitativo, recurriendo a fuentes primarias y secundarias mediante las técnicas de la entrevista, la revisión bibliográfico-documental y la observación directa. Dentro de la revisión se analizó una importante muestra de procesos de acción de repetición adelantados en la Sección Tercera del Consejo de Estado durante el periodo 2006-2010.

¹ Con anterioridad, los autores elaboraron un estado del arte aplicando una rigurosa revisión documental (libros, artículos, tesis, monografías, informes y documentos oficiales, entre otros); sus resultados se encuentran en Soler y Jiménez (2009).

2. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE SUS AGENTES

Dado que la acción de repetición se inscribe dentro de la temática general de la responsabilidad administrativa o del Estado, especialmente en la evolución hacia formas de responsabilidad del funcionario o agente frente a la propia Administración, es necesario realizar una presentación acerca de la manera como la doctrina jurídica se ha aproximado a esta temática.

Para iniciar, se puede decir que las teorías sobre la responsabilidad del Estado son de desarrollo reciente dentro del conjunto del Derecho en general. Desde tiempos remotos, se asimiló a los preceptos sobre responsabilidad civil y se aplicó de preferencia a los funcionarios o agentes estatales, mas no con respecto al ente abstracto que hoy llamamos Estado. En el sistema anglosajón, por ejemplo, hasta hace algún tiempo, era el funcionario autor del hecho perjudicial quien respondía con su patrimonio personal, solución que fue aplicada en Estados Unidos hasta la ley federal de 1946 y en Inglaterra hasta 1947 (De Laubadère, citado en Rodríguez, 2005, p. 481).

Según la doctrina relativa a la responsabilidad estatal, ésta ha pasado por al menos tres etapas dentro de la evolución del Derecho (Rodríguez, 2002)²; la primera de ellas va hasta la segunda mitad del siglo XIX, en la cual se pregona la irresponsabilidad total, en virtud, principalmente, de la soberanía del Estado, el cual podía imponer sus decisiones a todos sin compensación alguna. En una segunda etapa, con el denominado *Fallo Blanco* proferido en 1873 por el Tribunal de Conflictos francés, se consideró que el Estado sí era responsable por sus actos, posición que se basó principalmente en la noción de falla o falta del servicio público, que era una de las actividades a cargo del Estado, independientemente de que existiera o no norma legal, y sin tener en cuenta que se tratara de actos de gestión o de poder. Finalmente, hay una tercera etapa, en la cual se ha venido incrementando y reconociendo que en distintos eventos el Estado debe responder a sus administrados, en unos casos por aplicación de regímenes de responsabilidad con culpa (subjetiva) y en otros bajo parámetros de responsabilidad objetiva.

Respecto de la responsabilidad de los agentes del Estado frente a la propia Administración, la teoría es más reciente aún dentro del campo de la disciplina del Derecho. En un principio se aplicó la tesis de la “irresponsabilidad del funcionario frente a la administración”; sólo a partir de 1951 por disposición jurisprudencial en Francia (*fallo Laurelle*), el agente debe responder patrimonialmente por sus faltas o culpas personales ante la Administración. Para estos efectos, aparece la figura de la repetición.

2.1 Responsabilidad estatal o de la Administración en Colombia

Con sus particularidades propias, la evolución de la responsabilidad estatal en Colombia ha seguido el movimiento general de las tesis y teorías que sobre el particular ha desarrollado la doctrina jurídica. Algunos autores acostumbran dividir la evolución de la responsabilidad estatal en nuestro país, por etapas o períodos cronológicos desde la época aborigen hasta la actualidad (Parra Gutiérrez, 2003); otros presentan tal desarrollo consultando los cambios jurisprudenciales y las reformas constitucionales y legales (López Morales, 2007). Parece adecuado señalar brevemente algunos períodos evolutivos de la responsabilidad estatal, en los cuales se puede constatar que prevaleció alguna de las teorías o tesis sobre la temática; es decir, se preferirá un criterio doctrinal antes que uno jurisprudencial, legal o cronológico³.

2.1.1. Un primer período está dominado por la teoría de la irresponsabilidad del gobernante. Comprende cronológicamente la etapa precolombina y la Colonia. En la etapa precolombina, las diferentes organizaciones étnicas existentes, apenas si pueden considerarse como organizaciones estatales, pues se trata de colectividades

² Por mor de la extensión, en el presente trabajo sólo se presenta una exposición muy resumida de las diferentes teorías y corrientes sobre la responsabilidad estatal, en el informe final de la investigación se presenta un estudio pormenorizado; los interesados pueden contactar a los autores para obtener mayor profundidad.

³ En la sentencia de 30 de junio de 1962, la Corte Suprema de Justicia hace un recuento de la trayectoria doctrinaria y jurisprudencial en la historia colombiana.

lingüísticas en tránsito desde la organización gentilicia hacia la organización estatal propiamente dicha⁴. De este modo, si no hay Estado, mal podría hablarse de responsabilidad estatal. Durante la Conquista y la Colonia españolas, se trasladaron las tesis de la irresponsabilidad del monarca ibérico, basadas sobre todo en las teorías providencialistas del origen del poder político, aunque existía un incipiente sistema de responsabilidad del Estado, limitado por normas de tipo moral y religioso (Ruíz, 2008, p. XI). El daño que una autoridad pública podría ocasionar, podría ser atenuado por un sistema de caridad pública y religiosa, y por las asociaciones de ayuda mutua: *“Fue en la parroquia, y en los Colegios Romanos, o entidades similares en América, junto con sus organismos a los que evolucionaron, donde encontraron refugio y colaboración en alguna medida, aquellas personas que sufrieran daños de la autoridad pública, ante la irresponsabilidad del Estado”* (Parra Gutiérrez, 2003, p. 36).

2.1.2. Un segundo período ve nacer la responsabilidad estatal al consagrarse el Estado de Derecho en los textos constitucionales. Este período inicia con la Independencia a partir de 1810, y se extiende durante el siglo XIX hasta la adopción de las doctrinas y tesis de un principio de responsabilidad estatal, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, hacia 1898. Prevalen las tesis liberales e ilustradas de respeto a los derechos naturales del hombre y se impone el principio de legalidad, pues como se recordará, la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, estableció en su artículo 16, que toda sociedad en la que no estuvieran garantizados los derechos ni determinada la separación de poderes, carecía de constitución. La responsabilidad estatal se concretó en la indemnización por la expropiación de que pudiera ser objeto la propiedad privada, siguiendo los preceptos del artículo 17 de la declaración mencionada, pero en todo caso, la responsabilidad fue muy limitada aplicándose los preceptos constitucionales y algunos legales del Derecho Público⁵. Todo lo demás, se regía por las normas de la ley civil. Al respecto, el título XII de la Constitución de Cundinamarca aprobada el **30 de marzo y promulgada el 4 de abril de 1811, establecía:**

“Artículo 1.- Los derechos del hombre en sociedad son la igualdad y libertad legales, la seguridad y la propiedad.

Artículo 9.- El derecho de propiedad consiste en la facultad que tiene el ciudadano de gozar y disponer libremente de sus bienes y rentas, y del fruto de su ingenio, trabajo e industria.

Artículo 10.- Ninguno puede ser privado de la menor porción de sus bienes sin su consentimiento, sino en el caso de que la necesidad pública, legítimamente acreditada, así lo exija; pero aun entonces, es bajo la implícita condición de una justa y precisa indemnización”.

Tal precepto fue acogido por las posteriores constituciones de 1821, 1830, 1832, 1843, 1853, 1856, 1863 y 1886⁶.

2.1.3. Tercer período y predominio de las tesis sobre responsabilidad indirecta del Estado. Hacia finales del siglo XIX la jurisprudencia acoge un principio de responsabilidad estatal, sin duda con la influencia de la doctrina y jurisprudencia francesa, caracterizada por la aplicación analógica de los preceptos civilistas (arts. 2347 y 2349 del Código Civil). Se extiende al Estado la responsabilidad de las personas morales o jurídicas del Derecho Privado, cuando ocurren daños a terceros cometidos por culpa de sus funcionarios o dependientes, en ejercicio de sus funciones. El Estado responde de manera indirecta en razón, no del hecho propio, sino por la “mala elección” (culpa *in eligendo*) o “falta de vigilancia” (culpa *in vigilando*) de sus colaboradores, sin distinción de categorías, deberes y oficios, algo que la diferencia de las teorías organicistas⁷. Estas tesis fueron predominantes hasta la década de 1940 y fueron abandonadas definitivamente hacia finales de los años cincuenta.

⁴ Estas se ubican dentro del modelo asiático de las tipologías marxistas, en las cuales se verifica: 1) La no existencia de la propiedad privada, 2) No existen ejércitos profesionales, 3) No existe un cuerpo de funcionarios especializado, 4) El sistema impositivo es precario.

⁵ Por ejemplo, la Ley 60 de 1877 y la Ley 163 de 1896. Ejemplos de jurisprudencia se pueden encontrar en la sentencia de 7 de diciembre de 1864 y la sentencia del 21 de abril de 1879 de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de Colombia, en las cuales se condena al gobierno por daños y pago de créditos por expropiaciones realizadas a particulares con motivo de la guerra.

⁶ *“Las constituciones anteriores a 1886 consagraron el absoluto respeto a la propiedad y la expropiación por necesidad pública, criterio este último que se amplió con la expresión “utilidad pública”* (Fernández Botero, citado por Parra Gutiérrez, 2003, p. 38).

⁷ Véase la sentencia del 20 de octubre de 1898 de la Corte Suprema de Justicia.

2.1.4. El cuarto período está caracterizado por la concurrencia de varias teorías en las cuales no existe un predominio claro. En primer lugar, a partir de 1939 se acoge de manera progresiva la doctrina de la responsabilidad directa del Estado y se cuestionan las tesis de la responsabilidad estatal indirecta; en segundo lugar, en 1941 aparece la noción de falla del servicio y el desplazamiento de la culpa concreta del funcionario hacia la culpa anónima de la administración; en tercer lugar, en 1944 inician las tesis organicistas que diferenciaban entre los órganos (que tienen responsabilidad directa) y los subalternos o agentes (con responsabilidad indirecta⁸). Al final del período parece haber un predominio de las tesis de la falla del servicio. Cabe destacar que hasta este momento, las controversias sobre responsabilidad estatal las resolvía mayoritariamente la justicia ordinaria en cabeza de la Corte Suprema de Justicia y que ésta sustentaba sus fallos, tanto en las normas del Código Civil, como en normas del Derecho Público, en especial la Constitución y algunas leyes específicas.

2.1.5 El quinto período inicia cuando la jurisdicción contencioso administrativa empieza a ser aplicada en 1964, con la adopción de una responsabilidad directa con prevalencia de la teoría de la falla del servicio. No es que con anterioridad no existiera esta jurisdicción, sino que su ámbito de competencia estuvo pospuesto o fue reducido, ya por disposiciones legales, ya por pronunciamientos jurisprudenciales⁹. Por ello, habrá que esperar hasta la expedición del Decreto extraordinario 528 de 1964, en el cual se establece una competencia plena y no por excepción para la justicia administrativa en lo relacionado con la responsabilidad estatal; en adelante dirimirá los conflictos originados en decisiones de la administración (actos administrativos), en las operaciones que realice (operaciones administrativas), y en aquellas situaciones en donde no interviene la voluntad de la Administración (hecho administrativo) (Parra Gutiérrez, 2003). A partir de entonces, las tesis y teorías de la doctrina sobre responsabilidad estatal son acogidas por la jurisprudencia del Consejo de Estado, donde se preferirá la aplicación del Derecho Público sobre el Privado¹⁰.

Entre los aportes del Consejo de Estado a la teoría clásica de la falla del servicio, podemos nombrar las tesis de la falla presunta, la concurrencia de culpas y los eximentes de responsabilidad (culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, fuerza mayor y caso fortuito).

2.1.6 El sexto período conjuga las tesis de la responsabilidad objetiva o sin falta y la falla del servicio. En los años setenta y siguientes, el Consejo de Estado desarrolla y aplica estas teorías según el caso, enriqueciendo y desarrollando su jurisprudencia a partir de las controversias judiciales que se le venían presentando. Sobre la teoría de la responsabilidad sin falta u objetiva, el Consejo de Estado desarrolló, entre otras, las siguientes tesis: a) El daño especial; b) El riesgo excepcional; c) La ocupación en caso de guerra; d) El bodegaje de mercancías; e) La expropiación, y f) Los trabajos públicos¹¹.

2.1.7. En el séptimo y último período predomina la tesis que considera el daño antijurídico como un determinante genérico y mixto de la responsabilidad estatal. Esta se inicia con la Constitución Política de 1991, que consagró

⁸ Véase Corte Suprema de Justicia, sentencia de casación de 21 de agosto de 1939, sentencia de 15 de mayo de 1944 y sentencia de 15 de mayo de 1944, respectivamente.

⁹ En efecto, el Consejo de Estado fue creado muy temprano, en 1817 por el Libertador Simón Bolívar, pero sólo con funciones asesoras y de consulta, y mantuvo este carácter hasta 1905, cuando desaparece mediante reforma constitucional; en 1913 (Ley 130) se crea la Jurisdicción Administrativa y aparece el primer Código Contencioso Administrativo, y en 1914 mediante Acto Legislativo No. 1, se recrea el Consejo de Estado en su doble condición asesora y judicial. Sin embargo, la Ley 38 de 1918 estableció, que sólo por excepción el Consejo de Estado podía declarar responsabilidad estatal en los casos de daños causados por actos administrativos o por resoluciones de nulidad que pudieran violar derechos. Todo lo demás era de conocimiento de la justicia ordinaria o común. Posteriormente, la Ley 167 de 1941 (segundo Código Contencioso Administrativo), limita las competencias del juez administrativo en cuanto a responsabilidad estatal se refiere, a los casos de daños provenientes de la expedición de actos administrativos y en los casos de ocupaciones con ocasión de obras o trabajos públicos. Finalmente, la Corte Suprema de Justicia en fallo de 1955, declaró inexecutable algunas normas del Código Contencioso Administrativo, reduciendo aún más la competencia de la jurisdicción administrativa al tema de las indemnizaciones por ocupación transitoria o por daños a la propiedad inmueble.

¹⁰ La Sentencia de octubre 28 de 1976 del Consejo de Estado, hace un recuento de la evolución doctrinaria y jurisprudencial de la jurisdicción administrativa en Colombia.

¹¹ Véanse entre otras las sentencias de 23 de mayo de 1973, 28 de octubre de 1976, 20 septiembre de 1984, el fallo de 20 de febrero de 1989 y el expediente 0905 de 1999, todas del Consejo de Estado.

el daño antijurídico en su artículo 90: “*El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas*”. El elemento fundamental aquí es demostrar al juez administrativo la ocurrencia del perjuicio o daño antijurídico y su relación con la actividad estatal, para desencadenar la responsabilidad estatal, dado que el daño antijurídico puede ocurrir por la omisión o acción de las autoridades; implica esto, en principio, que la falla del servicio queda subsumida dentro del daño antijurídico. Al respecto, Henao (1996, p. 802), señala lo siguiente: “*El daño antijurídico supone una naturaleza mixta de la responsabilidad y no una naturaleza exclusivamente objetiva*”; por tanto, el daño antijurídico puede ocurrir por falla del servicio, riesgo, daño especial, o enriquecimiento sin causa; en conclusión, es un género que cobija varias especies¹².

2.2 Responsabilidad de los servidores públicos en Colombia

No obstante que la Constitución de 1886 consagraba la responsabilidad de los particulares y de los funcionarios públicos, también se adoptó en un primer momento la teoría de la “irresponsabilidad del funcionario”:

“En Colombia, y dentro de un período amargo de su historia (1949-1958), en los últimos tiempos, agentes públicos cometieron toda clase de tropelías y desafueros, sin que se sepa que una acción de perjuicios se incoara contra ellos. Actos manifiestamente ilegales –como destitución de empleados de período fijo– fueron cumplidos para satisfacer el sectarismo de los jefes políticos, y fue el fisco nacional, departamental o municipal el que tuvo que pagar el valor de las sentencias condenatorias” (Vidal Perdomo, 1997, p. 282).

En épocas posteriores empezaron a aplicarse también los principios franceses en cuanto a la falta personal y la falta del servicio; así, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil en sentencia de 30 de junio de 1962, M.P. José J. Gómez, respecto de la falla del servicio señaló:

“(…) e) si el daño se produce por el hecho de un determinado agente, en ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas, la administración y el agente responden solidariamente al damnificado con ocasión del reembolso a favor de aquella. f) los actos u omisiones dañosos del agente, por fuera de los servicios públicos, generan una responsabilidad exclusiva del mismo”.

Más tarde, el Consejo de Estado en 1974¹³, *introduce* en el Derecho colombiano la acción de repetición (al parecer siguiendo el fallo *Laurelle* de 1951), al establecer que cuando hay responsabilidad solidaria se puede demandar al funcionario o la administración, pero si la persona perjudicada sólo demanda a la administración y ésta paga, entonces procede la repetición: “*...lo cual no quiere decir que esta, no pueda repetir contra su agente por la cantidad a que fuere condenada*” (citado en Rodríguez, 2002, p. 458; negritas fuera de texto).

La acción de repetición empezó a consagrarse de manera legal y por *vez primera* en 1976, pero limitada al daño resultante de la actividad contractual. En efecto, el Decreto-Ley 150 de 1976 (Estatuto de contratación), al contemplar el tema de la responsabilidad originada en los contratos, consagró en su art. 200 la acción de repetición¹⁴. Otras normas empezaron a consagrar la repetición como el art. 40 del Código de Procedimiento

¹² Puede ocurrir entonces que se alegue falla del servicio, cuando en realidad se trata de responsabilidad objetiva, o al contrario, alegar por ejemplo, riesgo excepcional cuando sucedió una falla de la Administración; en estos casos, el juez no puede rechazar la demanda, pues debe aplicar el principio “*iura novit curia*” (el tribunal o juez conoce el derecho). El juez en virtud de tal principio, deberá aplicar la norma adecuada al caso analizando los hechos acreditados y probados en el proceso, así la *causa petendi* se fundamenta en el procedimiento equivocado (Penagos, 1997). La aplicación del principio *iura novit curia* está limitado a las acciones de reparación directa y a las contractuales; en las demás sigue operando el principio de justicia rogada, pues el juez (a) está condicionado en su fallo a referirse a las normas citadas como violadas y al concepto de violación alegado; véase: Consejo de Estado, sentencia de 14 de diciembre de 1993, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

¹³ Sala de lo Contencioso Administrativo, expediente 1.335, sentencia de 22 de marzo de 1974.

¹⁴ “*Artículo 200. DE LA MANERA DE HACER EFECTIVAS LAS SENTENCIAS. Las sentencias que se profieran a favor de contratistas o de terceros y en contra de funcionarios o ex funcionarios, se harán efectivas ante la justicia ordinaria.*

Por jurisdicción coactiva se cobrarán las que se dicten a favor de las entidades contratantes y ante dicha jurisdicción se demandará la repetición de lo que las mismas hubieren pagado habiendo debido hacerlo los funcionarios o ex funcionarios.

La Procuraduría General de la Nación velará por el cumplimiento de la presente disposición” (subrayado fuera del original).

Civil, hoy subrogado por la Ley 270 de 1996, que trataba de la responsabilidad de jueces y magistrados¹⁵; el art. 51 de la ley 80 de 1993, en materia de responsabilidad contractual; los arts. 77 y 78 del Decreto 01 de 1984 (C.C.A), que consagran la acción de repetición en materia contencioso administrativa, y la Ley 270 de 1996 que regula la responsabilidad de los funcionarios y empleados judiciales.

Con anterioridad también se había establecido la acción de repetición para ser interpuesta por parte de los departamentos, distritos y municipios (Rodríguez, 2005), como los arts. 14 de la Ley 03 de 1986 y 63 de la Ley 11 de ese mismo año, codificados en los arts. 235 del Decreto-Ley 1222 y 297 del Decreto-ley 1333, ambos de 1986.

La Constitución Política de 1991 en materia de responsabilidad estatal, siguió de cerca el modelo español (Gómez, 1995, p. 115; Bermúdez, 1998, p. 64), consagrando el principio de daño antijurídico, en el cual, al inicio se consideró que cabían todos los regímenes de responsabilidad objetiva y subjetiva del Estado que la jurisprudencia del Consejo de Estado venía construyendo¹⁶. Sin embargo, Tamayo (2000) sostiene que el art. 90 de la Constitución Nacional, no define qué es daño antijurídico, ni estatuye una responsabilidad objetiva porque existen marcadas diferencias entre los textos de la Constitución colombiana y la española.

Finalmente, la Ley 678 de 2001 reguló de manera más completa la acción de repetición, pero a pesar de la consagración legal expresa de la responsabilidad de los agentes públicos, concebida como una herramienta para obtener la moralidad pública y la eficiencia en la función pública para que se generara un efecto preventivo en el actuar de los servidores públicos (Torres, 2004), lo que ha venido ocurriendo es que no se da una aplicación práctica seria a la acción de repetición. En palabras de Ortega (2001, p. 65), la acción de repetición se ha convertido en un espejismo jurídico.

3. DISEÑO METODOLÓGICO

El cuadro siguiente recoge el planteamiento metodológico básico para realizar la captura, sistematización y análisis de la información. Se han establecido cinco categorías o dimensiones de análisis para la acción de repetición (AR), en atención al logro de los objetivos; cada una de ellas contiene dos o más variables que dan cuenta de la respectiva categoría; una variable es una característica, cualidad o rasgo propio de un fenómeno, que es susceptible de cambiar de un individuo a otro y que en definitiva, permite establecer el estado o nivel de la respectiva categoría. A su vez, cada variable se “mide” o aprecia según un indicador previamente establecido, a partir de la información producida por unas fuentes de información.

- a) *Valoración general AR.* Esta categoría de análisis se refiere a la opinión que se le otorga a la acción de repetición. Se descompone en dos variables: i) Funcionamiento de la acción de repetición, y ii) Funcionamiento de comités de conciliación. Los indicadores se obtienen sobre todo de las personas entrevistadas, de las sentencias o procesos de acción de repetición del Consejo de Estado y de la observación directa.
- b) *Eficacia AR.* Denota la obtención de resultados, tanto en el número de condenas (variable 1, Repetición); la duración de procesos (variable 2), como en el monto de dineros a recuperar en las sentencias (variable 3, Sumas en condenas). La información se obtiene del análisis de los procesos de acción de repetición.
- c) *Razones que desestimulan uso.* Se refiere a las causas que pueden estar obstaculizando o inhibiendo el uso de la acción de repetición, antes que la acción sea presentada o se inicie el respectivo proceso jurídico. La información se obtiene tanto de las entrevistas como de la revisión documental realizada, esta última en un estado del arte publicado en un trabajo anterior (Soler y Jiménez, 2009).
- d) *Causas del fracaso de los procesos.* Esta categoría trata de dar cuenta de aquellos motivos que hacen que los procesos iniciados de acción de repetición no lleguen a buen puerto, esto es, no terminen con una sentencia condenatoria. Habrá tantas variables como causas que entorpezcan los procesos. La información proviene de las entrevistas, las sentencias analizadas y la revisión documental (estado del arte).

¹⁵ Véase también el Pacto de San José de Costa Rica de fecha 22 de noviembre de 1969, aprobado por la Ley 16 de 1972, Art. 10, sobre el derecho de toda persona a indemnización por error judicial.

¹⁶ Véase *supra*, 2.1.7. Véase también la sentencia C-333-96 de la Corte Constitucional.

e) *Correctivos*. Esta categoría sistematiza las posibles soluciones o alternativas para mejorar o hacer frente a la problemática que presenta la acción de repetición. Habrá tantas variables como correctivos o alternativas de solución. La información se obtiene de las entrevistas, el estado del arte y la observación directa.

Cuadro 1. Diseño metodológico

Categorías	Variables	Indicadores	Fuentes
Evaluación general AR	1. Funcionamiento AR	Excelente, Bueno, Regular, Malo, Pésimo	Personas entrevistadas
	2. Funcionamiento Comités de Conciliación	Excelente, Bueno, Regular, Malo, Pésimo	Personas entrevistadas; artículos, monografías, informes, tesis, libros, otros documentos
Eficacia AR (repetición y condenas)	1. Repetición	Número de procesos que repiten/ número procesos adelantados	Sentencias analizadas
	2. Duración de procesos	Número de años o meses Promedio duración AR/Promedio procesos administrativos	
	3. Sumas en condenas	Monto dineros en condena/ Monto pretensiones	
Razones que desestimulan uso	Razón 1 Razón 2 Razón 3 ...	Frecuencia con que aparece mencionada la razón o causa	Personas entrevistadas; artículos, monografías, informes, tesis, libros, otros documentos; sentencias analizadas
Causas que imposibilitan éxito de procesos	Causa 1 Causa 2 Causa 3 ...	Frecuencia con que aparece mencionada la causa	Personas entrevistadas; artículos, monografías, informes, tesis, libros, otros documentos; sentencias analizadas
Correctivos	Propuesta 1 Propuesta 2 Propuesta 3 ...	Frecuencia con que aparece mencionada la propuesta	Personas entrevistadas; artículos, monografías, informes, tesis, libros, otros documentos; sentencias analizadas

Fuente: Elaboración propia.

4. RESULTADO DE ENTREVISTAS

Pese a que se solicitó la colaboración a un número mayor de entrevistados, al final solamente seis personas cedieron generosamente parte de su tiempo y colaboraron con el estudio; sin embargo, las seis personas entrevistadas ocupan cargos importantes y claves para poder entender la problemática de la acción de repetición, por lo que se considera que la información suministrada es muy pertinente y de calidad. No sobra advertir que las opiniones por ellas emitidas, en nada comprometen la posición institucional u oficial de las entidades para las cuales laboran¹⁷. El siguiente es el instrumento que se aplicó en la entrevista:

¹⁷ Las personas entrevistadas fueron: el doctor Enrique Gil Botero, Magistrado del Consejo de Estado, el doctor Roberto Augusto Serrato, Procurador Delegado 1° ante el Consejo de Estado; los doctores Carlos Vargas y Leonardo Torres, ambos Magistrados del Tribunal Administrativo de Cundinamarca; los doctores Eugenia Bayona Torres y Pedro Nel Roa, Profesionales Especializados de la Dirección de Defensa Jurídica del Estado del entonces Ministerio del Interior y de Justicia. Las entrevistas se realizaron durante el segundo semestre de 2010.

- “1. ¿Cómo calificaría usted el funcionamiento de la acción de repetición en cuanto a la recuperación de dineros públicos?: a. Excelente; b. Bueno; c. Regular; d. Malo; e. Pésimo
2. ¿Por qué cree que se presenta esta situación?
3. ¿Cree usted que existen factores que desestimulan o impiden el uso de la acción de repetición como un mecanismo idóneo para que el Estado pueda repetir contra sus funcionarios o agentes?
4. ¿Cuáles cree que podrían ser los correctivos o soluciones a esta problemática?
5. ¿Cuáles son las causas por las cuales los procesos iniciados de AR, casi nunca terminan ordenando repetir contra el funcionario, agente o ex funcionario?
6. ¿Qué correctivos podrían aplicarse para solucionar estos inconvenientes?
7. ¿Quisiera agregar algo más acerca del funcionamiento de la acción de repetición en Colombia?”

En el cuadro 2 y 3 se presenta el resumen de las respuestas emitidas por estos profesionales.

El 33.3 % de los entrevistados califica los logros de la AR como PÉSIMA, otro 33.3% la considera MALA y para el restante 33.3% es REGULAR; en este sentido la evaluación global sobre la AR es muy negativa, pues para el 67% es entre pésima y mala, con lo cual no pasa el examen y además, el restante 33% la califica de “regular”, que para el lenguaje común y corriente es una calificación poco satisfactoria.

Las tres grandes causas que hacen que la AR sea valorada de manera negativa, en cuanto a sus logros serían: desconocimiento y falta de cultura sobre la AR por parte de los funcionarios; darle trámite sólo por cumplir una función cuyo incumplimiento acarrea sanciones, y el hecho de que las condenas terminan siendo impagables.

Los factores que desestimulan el uso de la AR están relacionados con el hecho que la misma entidad sea la que determine si vale la pena o no iniciar una acción de repetición contra uno de sus funcionarios, ex funcionarios o agentes. En este sentido, la propuesta es quitar la función a los comités de conciliación de las entidades, para trasladarla a una instancia externa.

El 66.6 % de los entrevistados califica como REGULAR el papel de los comités de conciliación y de los representantes legales frente a la AR; 16.6% lo considera MALO y otro tanto lo considera BUENO. Si se suma la evaluación mala y regular, se tiene 83.3% de desaprobación, lo cual, en términos generales, es un balance negativo sobre la gestión que cumplen estos funcionarios.

Factores de diversa naturaleza confluyen para que los procesos de AR iniciados terminen sin una sentencia condenatoria. Sin embargo, llama la atención el hecho que algunos de esos factores sean los mismos que se adujeron para señalar los deficientes resultados de la AR en la pregunta No. 2. Estos son: a) Mala presentación y sustentación de las demandas; b) Falta de diligencia de las entidades para hacer seguimiento a los procesos; c) Desconocimiento del mecanismo, de la norma, del proceso y sus implicaciones; d) Jurisprudencia muy estricta para que opere la AR.

Los entrevistados presentaron diversas soluciones a la anterior problemática, entre ellas: a) Fortalecer el llamamiento en garantía con fines de repetición; b) Mayor capacitación, divulgación y pedagogía sobre el mecanismo de la acción de repetición entre los funcionarios; c) Mayor diligencia de las entidades, tanto en la presentación de demandas, como en el seguimiento a los procesos; d) Crear una abogacía del Estado, como una nueva entidad para que sea ella la que conozca y lleve a cabo la defensa de su patrimonio; e) Mayor participación y vigilancia de los órganos de control; f) Facilitar la prueba del pago. Este punto remite de manera más general a la necesidad de flexibilizar la rígida jurisprudencia del Consejo de Estado sobre los aspectos probatorios y el valor de la prueba documental.

Finalmente, entre los aspectos adicionales y novedosos que se mencionaron en la última pregunta cabe destacar: a) Exigir pólizas de garantía por 5 años a funcionarios de manejo; b) Las entidades pueden aprovechar más el apoyo de la Dirección de Defensa Pública del Estado.

Cuadro 2. Resultados entrevistas, preguntas 1 a 4

N° Pregunta/ Entrevistado	Preg. 1. (Calificación de la A.R.)	Pregunta 2. (¿Por qué se presenta esta situación?)	Pregunta 3. (Factores que desestimulan A.R.)	Pregunta 4. (Posibles correctivos)
Entrev. 1	Regular	Las entidades no allegan los soportes y documentos necesarios. Jurisprudencia muy estricta en requisitos de fondo.	Falta de preparación de las demandas por parte de las entidades. Ausencia de estudio juicioso de la jurisprudencia.	1) Fortalecer los Comités de conciliación. 2) Difundir y analizar la jurisprudencia del Consejo de Estado.
Entrev. 2	Regular	Poco conocimiento y claridad de la norma. Defectos en su redacción. Sección 3° del Consejo de Estado ha tenido que precisar el alcance de la Ley 678/01 en su aplicación.	Sí, el centro de decisión sobre si procede o no la AR. Los Comités de Conciliación están compuestos por funcionarios de la misma entidad de la persona que puede ser sujeta a la AR. Esto lleva a que en algunos casos no se promueva la AR.	Creación de la abogacía del Estado, para que se cambie el centro de decisión sobre el particular.
Entrev. 3	Pésimo	Se está aplicando como una carga para el funcionario; por cumplir un requisito más, y por ello no se analiza a fondo cada asunto.	Sí, los vaivenes políticos hacen que AR se utilice para perseguir al contradictor o favorecer al amigo (en el último caso, se cumple presentando la demanda, pero se deja a su suerte).	El andamiaje jurídico está bien, el problema es ignorancia del proceso; no se ejerce el principio de oficiosidad por parte del juez y negligencia por parte del demandante, sumado, a una exegética exagerada.
Entrev. 4	Pésimo	AR. no se presenta en debida forma (p.ej. sin soportes probatorios adecuados), o no se pagan las expensas por parte de la entidad.	Sí, el Comité de Conciliación al estar compuesto por directivos, tiende a concepto negativo o no se emite concepto, o se emiten conceptos sin estudio del caso. Además, AR implica gastos para la entidad (notificación, curador <i>ad litem</i>), el embargo de bienes es complicado, y el pago de la condena en su totalidad que hace impagable la condena cuando ocurre.	Rediseñar el mecanismo. El llamamiento en garantía debe ser obligatorio, previo concepto de un órgano de control y no del Comité de Conciliación.
Entrev. 5	Malo	Debido a la no modulación de las sentencias. El responsable debe pagar toda la condena, y cuando se condena, usualmente se hace sobre funcionarios medios o bajos que no pueden pagar.	La intervención del Comité de Conciliación y la politiquería y amiguismo de sus miembros.	Manuales de funciones y procedimientos claros que determinen las obligaciones de cada funcionario. Esto es clave en aspectos probatorios.
Entrev. 6	Malo	No se anexan documentos necesarios; pretensiones no son claras; por insolvencia del acusado.	Porque la misma entidad que pagó, estudia la viabilidad de la AR.	Que sea una instancia independiente de la entidad (un órgano de control), la que determine procedencia de la AR.

Fuente: Elaboración propia a partir de las entrevistas.

Cuadro 3. Resultados entrevistas, preguntas 5 a 8

Nº Pregunta/ Entrevistado	Pregunta 5. (Calificación de los Comités de Conciliación)	Pregunta 6. (Causas por las que poco se repite en procesos A.R.)	Pregunta 7. (Posibles correctivos)	Pregunta 8. (Información adicional)
Entrev. 1	Regular	La falta de prueba idónea del pago. La prueba del dolo y culpa grave en el llamamiento en garantía con fines de reparación.	1) Modificar el art. 19 de la Ley 678/01 para facilitar el llamamiento en garantía con fines de repetición. 2) Facilitar la prueba del pago	N.D.
Entrev. 2	Bueno	El desconocimiento de la figura; Dificultades en la ejecución de la ley; no se busca una sentencia favorable de repetición.	1) Pedagogía; 2) Reforma a la Ley 678/01; 3) Creación de la abogacía del Estado; 4) Realizar una labor de carácter preventivo.	Seguir investigando.
Entrev. 3	Malo	La ignorancia sobre AR; la entidad no responde a requerimientos del juez; Exagerados formalismos (siendo acción constitucional, se aplican criterios de acción ordinaria)	1) Hacer como con la tutela: se ha culturizado en todo el país, es decir, divulgar y capacitar a funcionarios para prevenir conductas. 2) Mayor vigilancia de órganos de control sobre procesos de AR. 3) Entidades demandantes deben ser más diligentes en demandas y procesos.	Hacer más énfasis en AR, ponerle más cuidado. Tratar de recuperar los dineros exigiendo pólizas de garantía por 5 años a funcionarios de manejo, por posible detrimento público.
Entrev. 4	Regular	Se presentan mal las pruebas; no se realizan bien los cargos al demandado; no se cumple con requisitos de procedibilidad; a veces no se pagan gastos procesales; el proceso se torna irracional.	1) Eliminar AR y convertirla en llamamiento en garantía, obligatoria en casos en que un órgano de control emita concepto; 2) La condena debe ser en consideración a capacidad de pago.	1) Eliminar la AR y reemplazar con llamamiento en garantía; 2) AR se realiza mucho tiempo después de los hechos, cambiando las condiciones de defensa y acusación, por ello es mejor el llamamiento en garantía; 3) Que sentencia sea pagable por condenado;
Entrev. 5	Regular	Oficina jurídica o abogado condicionan decisión del Comité de Conciliación; no se ha entendido correctamente	1) Conformación de una Oficina Jurídica bien organizada, en cada entidad; 2) Fortalecer el llamamiento en garantía con fines de repetición.	Dar mayores incentivos a abogados que trabajan en estos procesos y oficinas jurídicas.
Entrev. 6	Regular	Falta de concientización por parte de miembros de Comités de Conciliación sobre su papel y función. Hay desconocimiento.	Que el abogado que lleva el proceso (quien llena la ficha) sea el mismo que asista y presente el caso ante el Comité de Conciliación, pues muchas veces quien lo presenta no conoce a fondo el caso a discutir	Entidades pueden aprovechar más el apoyo de la Dirección de Defensa Pública; se requiere mayor especialización de abogados sobre AR y disminuir el número de procesos que llevan; fomentar el llamamiento en garantía.

Fuente: Elaboración propia a partir de las entrevistas.

5. ANÁLISIS DE PROCESOS DE ACCIÓN DE REPETICIÓN

Se analizaron las sentencias proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado en diferentes acciones de repetición entre 2006 y 2010, que contaban con archivo magnético completo del proceso, aclarando que la mayoría corresponde a hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 678 de 2001, frente a las cuales dicha corporación consideró¹⁸, que como la Ley 678 contempla un régimen más riguroso que las normas anteriores porque consagra unas presunciones de dolo y culpa grave, entonces se deben aplicar las disposiciones legales anteriores, como los arts. 77 y 78 del C.C.A. Para seleccionar los procesos sobre acción de repetición, se contó con la base de datos de la Oficina de Relatoría del Consejo de Estado¹⁹. A continuación sólo se presenta el cuadro resumido.

Cuadro 4. Resumen resultados de procesos de Acción de repetición, 2006-2010

Período	No. Procesos AR	Promedio duración Rep. Directa	Promedio duración AR desde hechos	Promedio duración AR desde inicio proceso	Monto de las pretensiones	Casos en que se repite	Monto de condenas	Causales de no repetición
2006	20 (39.2%)	4.24 años	11.5 años	6 años	\$3.267.865.967	0	\$ 0	18 casos (90%) por deficiencia probatoria; 2 casos (10%) por prescripción
2007-2008	17 (33.3)	6.41 años	17.22 años	8.08 años	\$2.607.449.072	3 (17.64%)	\$358.833.218 (13.76%) de pretensiones	13 casos (92.85%) deficiencia probatoria; 1 caso (7.14%) no hay norma aplicable
2009-2010	14 (27.45%)	5.83 años	16 años	7.6 años	\$3.467.985.001	4 (28.57%)	\$810.682.004 (23.4%) de pretensiones	6 casos (60%) deficiencia probatoria; 2 casos (20%) conducta no culposa o dolosa; 1 caso (10%) prescripción; 1 caso (10%) no hay nexos causal.
Total: 2006-2010	51 (100%)	5.49 años	14.63 años	7.46 años	\$9.343.300.040	7 (13.7%)	\$1.169.515.222 (12.51%) de pretensiones	37 casos (84.01%) deficiencia probatoria; 3 casos (6.8%) prescripción; 2 casos (4.5%) conducta no dolosa o culposa; 2 casos (4.5%) otras razones (no hay nexos causal o norma aplicable).

Fuente: Elaboración propia.

Como se observa, de los 51 procesos de AR analizados en el período 2006-2010, solamente 7 condujeron a la repetición, es decir, a la imposición de una condena en dinero a favor del Estado; esto representa 13.7% de los procesos de AR que repiten contra los agentes o ex agentes del Estado, lo cual es un porcentaje demasiado bajo si se consideran las expectativas puestas en este mecanismo jurídico, la normatividad existente, la obligación de adelantar la AR, el trabajo de los comités de conciliación, la existencia de órganos de control y una Dirección de defensa del Estado, (hoy elevada a categoría de Agencia) entre otros.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª, sent. 22056 de 22 de diciembre de 2006, C.P. Ruth Stella Correa Palacios.

¹⁹ En primer lugar se suministró archivo magnético con todas las acciones de repetición desde 1992, pero con información resumida; en segundo lugar, sobre este archivo se seleccionaron todos los procesos entre los años 2006 y 2010 que efectivamente correspondieran a acción de repetición y que además, contaran con archivo en los anales (los que cuentan con el proceso judicial completo en medio magnético); lo anterior arrojó una depuración de cerca de 10%, lo que significa que la muestra final equivale aproximadamente a 90% de las acciones de repetición del período. En tercer lugar, se solicitó a la Oficina de Relatoría, una copia en medio magnético de cada uno de los procesos seleccionados. Finalmente, se consultaron las sentencias, y se procedió a registrar la información de cada una en el respectivo cuadro (año por año).

De otro lado, las condenas proferidas ascienden a un monto que representa apenas 12.51% de lo que se pretendía recuperar o del dinero que el Estado tuvo que pagar en su momento; esta cifra de por sí muy baja, es en realidad mucho menor, debido a que una cosa es la condena y otro el pago efectivo.

El promedio de duración de los procesos de AR es 7,5 años, pero si se cuenta desde la ocurrencia de los hechos es 14.63 años. Estos procesos son más demorados que otros procesos administrativos como por ejemplo, los que conducen a establecer la responsabilidad de la Administración, que duran en promedio 5.5 años.

En lo que respecta a las causas por las cuales se niegan las pretensiones de la demanda, se tiene que en 84% de los casos, esto sucede por una deficiente sustentación de la demanda en materia probatoria. Se destaca el hecho de que se presentan pruebas no idóneas, a la luz de la jurisprudencia del máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa, para demostrar el pago realizado por la entidad que demanda; en otras ocasiones los documentos se presentan en copias simples, ya sea para aportar la sentencia condenatoria o el acuerdo conciliatorio, o para demostrar la existencia de la culpa, el dolo o el nexo de causalidad.

6. CONCLUSIONES

6.1 Valoración general

Se tiene que la opinión general sobre el funcionamiento de la AR es muy desfavorable; 67% de los entrevistados la califican entre pésima y mala, lo que coincide con las críticas encontradas por los tratadistas en el estado del arte, según la cual, desde cuando se consagró la acción de repetición en 1984, estaba condenada a su inaplicación; es decir, desde el inicio ha existido un recelo y pocas expectativas sobre las bondades de esta acción. En cuanto al papel cumplido por los representantes legales de las entidades demandantes y los comités de conciliación, 66.6% de los entrevistados lo califica de regular.

6.2 Eficacia

Los resultados obtenidos, permiten concluir que la acción de repetición ha sido prácticamente ineficaz como mecanismo tendiente a configurar la responsabilidad de los agentes estatales, así como instrumento con capacidad reparatoria o retributiva. Lo anterior, no solamente por el escaso número de condenas alcanzadas, sino por la casi nula recuperación de los dineros públicos que el Estado tuvo que pagar. El análisis realizado en cincuenta y un (51) procesos de acción de repetición sentenciados por el Consejo de Estado durante el período 2006-2010, señala que solamente se ordenó repetir contra el agente estatal en siete (7) casos, lo cual significa que apenas 13.7% de los procesos terminan con una sentencia condenatoria a favor del Estado. Sin embargo, se detecta una tendencia a mejorar en los últimos años (2009-2010), en los cuales el número de las sentencias que ordenan la repetición aumentan progresiva y moderadamente²⁰.

De los cuatro grandes presupuestos para que prospere la acción de repetición, esto es: i) Existencia de la obligación de pagar una suma, ya sea por una sentencia condenatoria, una conciliación o una transacción; ii) El pago realizado; iii) La calidad de agente estatal y su nexo o participación con el daño; iv) El actuar doloso o gravemente culposo del agente; el estudio revela que el segundo factor es el que más ha fallado (probar el pago). Los tres primeros elementos están sometidos a reglas procesales vigentes al momento de la presentación de la demanda, por ser de carácter objetivo; el último elemento en cambio, al ser de carácter subjetivo, está sometido a la normativa sustancial vigente en el momento de la configuración de los hechos.

En lo que respecta al monto de los dineros por recuperar, las sumas reconocidas en las sentencias ascienden apenas a 12.51% de lo que se pretendía recuperar; esto es más dramático si se considera que este porcentaje en

²⁰ Casi la totalidad de los procesos analizados durante el periodo 2006-2010, tuvieron hechos ocurridos antes de la vigencia de la Ley 678 de 2001. Ahora bien, dado que la Ley 678 entró en vigencia a partir del 04 de agosto de 2001 y que tiene previstas unas presunciones de dolo y culpa, se espera que los procesos de acción de repetición por hechos posteriores a dicha fecha, tengan más posibilidad de prosperar, por lo que el panorama de la acción de repetición, en lo que tiene que ver con números de sentencias condenatorias, podría mejorar en el futuro.

realidad es más bajo, pues no toda sentencia condenatoria termina con su pago efectivo. En efecto, la evidencia obtenida con las entrevistas, así como con la revisión del estado del arte, indican que la mayoría de las veces el dinero no se recupera porque el condenado se insolventa o simplemente, no tiene cómo pagar esa suma.

Finalmente, el promedio de duración de los procesos de acción de repetición son más demorados que otros procesos en la jurisdicción de lo contencioso administrativo; por ejemplo, la duración promedio del proceso donde se condenó al Estado desde el acaecimiento de los hechos hasta el fallo final es 5.5 años, mientras que en la acción de repetición alcanza 14.63 años!! Durante todo este tiempo, el proceso pierde significación, manejo de precedentes y control para las entidades demandantes, debido a la rotación del personal directivo, de los Jefes de oficinas Jurídicas, de los abogados y demás funcionarios que deben conocer del tema, y al mismo transcurso del tiempo que influye negativamente en la memoria institucional de los casos, e inclusive de las personas bajo cuya responsabilidad se encuentran las actuaciones judiciales.

6.3 Desestímulos al uso

De la información obtenida con las entrevistas, se colige que los factores que no favorecen el uso de la acción de repetición, tienen que ver, en primer lugar, con el hecho que la misma entidad que pagó la condena sea la que estudie la procedencia o no de la AR y luego presente la demanda. En el estado del arte también se encontraron posiciones acerca del temor que existe en algunos funcionarios para adelantar la acción de repetición, para evitar represalias, o que se les devuelva la acción; algunos autores consideran innecesaria la evaluación por parte de los comités de conciliación, porque estos organismos no garantizan imparcialidad.

De otra parte, se señaló en las entrevistas que la AR genera costos para las entidades demandantes y que el embargo de bienes es un proceso complicado para las mismas. Otra razón que no favorece el uso de la AR es el escaso conocimiento y claridad que se tiene de esta institución. Dentro del estado del arte se encontraron planteamientos acerca de que no ha sido bien entendida la institución por falta de claridad en su concepción y también porque algunos de los artículos de la Ley 678 de 2001, son confusos en su redacción. Finalmente, existen otras dos razones adicionales que inhiben la AR, señaladas por los doctrinantes consultados: i) El hecho que sea una acción civil y no una acción pública, impidiendo que cualquier persona pueda accionar; ii) El desconocimiento del precedente que indica las causas de la ineficacia de la AR, porque se ignora el término de caducidad de las acciones y otros datos importantes.

6.4 Causas de fracaso de los procesos

La principal causa del fracaso de los procesos adelantados es, a todas luces, la deficiente presentación y sustentación de las demandas. Esto implica una “*floja demanda*” con graves falencias, en especial en materia probatoria y otros aspectos procesales (prueba del pago, de la condena, del dolo y culpa, del nexo de causalidad, se adjuntan fotocopias simples, etc.) El hecho que 84% de los procesos analizados durante el período 2006-2010 no hayan ordenado repetir por deficiencia probatoria, es contundente al respecto.

La falta de diligencia de las entidades para hacer seguimiento a los procesos, aparece como la segunda causa importante para el escaso éxito de la AR. Este fue un factor encontrado tanto en las entrevistas como en la revisión documental y denota la deficiente atención, acompañamiento y control de los procesos por parte de la entidad demandante. Esto parece estar relacionado con lo anteriormente dicho con respecto a la presentación de la demanda, es decir, influyen mucho el desinterés, las malas condiciones en que laboran los abogados de las entidades y el exceso de trabajo en las oficinas jurídicas, unido al desconocimiento del proceso, a la inexistencia de perención para las entidades públicas que incita a dejar los procesos a la deriva, lo cual genera costos para la entidad demandante (el pago de las expensas y la atención de cargas procesales, entre otros aspectos).

La tercera gran causa se refiere a la imposibilidad de pagar la condena o la insolvencia del condenado. Es frustrante que las pocas sentencias que disponen repetir por una determinada suma de dinero, resulten vanas o inocuas por la imposibilidad de lograr efectivamente el pago. Al respecto se critica el hecho que el monto

de las pretensiones de la AR, si se prueba, sean iguales a las de la condena, sin tener en cuenta las condiciones económicas del agente demandado; en todo caso, se concluye que los accionados tienen suficiente tiempo para insolventarse, ya sea durante el llamamiento en garantía con fines de repetición o durante el proceso autónomo de repetición.

La cuarta causa atribuida al fracaso de la AR consiste en la estricta jurisprudencia del Consejo de Estado en materia procesal y probatoria, especialmente lo que tiene que ver con la prueba del pago y la idoneidad de los documentos que sirven como prueba. Buena parte de las acciones de repetición son negadas debido a que la certificación del pago realizado por la entidad no proviene del acreedor, así se anexen copias auténticas de la sentencia condenatoria y de certificados del pagador de la entidad.

Finalmente, al examinar las razones por las cuales el Consejo de Estado no dispuso repetir contra el agente, se encontró que la caducidad de la acción es también una de las causas por las que se niegan las pretensiones, no obstante lo cual, su proporción es baja (7%) con respecto a las otras razones.

6.5 Posibles correctivos

En primer lugar, se debe considerar seriamente el uso alternativo o sustitutivo del llamamiento en garantía con fines de repetición. Algunos proponen incluso acabar con la acción de repetición y concentrarse en el llamamiento en garantía. En cualquier caso, todo parece indicar que el momento oportuno para vincular al funcionario o agente estatal es en el proceso que determina la responsabilidad estatal, sobre todo, porque luego se debe iniciar otro proceso que da la oportunidad para que el agente se insolvente. Adicionalmente, se debe reformar la norma que prohíbe el llamamiento en garantía, cuando la entidad excepciona los eximentes de culpa exclusiva de la víctima o hecho de un tercero, pues estos medios son corrientemente utilizados por los abogados del Estado, sin que en muchos casos tengan una conexión con la realidad, pero en cambio, no están permitiendo la vinculación del agente estatal al proceso, en el momento adecuado.

En segundo lugar, una medida que puede ayudar a solucionar los problemas consiste en iniciar un verdadero programa de formación, divulgación y capacitación sobre los temas de prevención del daño antijurídico y el uso idóneo del llamamiento en garantía y la acción de repetición. Este programa debe estar dirigido a los funcionarios (para prevenir el daño), como a los abogados de las entidades (para que realicen una buena defensa y/o acción de repetición). Es fundamental que los profesionales del Derecho de las entidades públicas dominen los conocimientos y actuaciones en materia procesal y probatoria.

En tercer lugar, existe una posición mayoritaria que apoya la idea de despojar a los comités de conciliación de la función de establecer la procedencia o no de la acción de repetición. El amiguismo, el clientelismo, la politiquería y la corrupción administrativa parecen no aconsejar que el proceso de vinculación de la responsabilidad del agente estatal, sea iniciado y establecido en la misma entidad en donde el funcionario o ex funcionario público labora o laboró. Como alternativa se propone la creación de una abogacía del Estado como entidad autónoma e independiente, encargada de realizar la defensa del Estado y de velar por el buen éxito de las acciones de repetición.

En cuarto lugar, se establece que se debe poner un límite al monto de las condenas para que éstas sean pagables y se pueda recuperar algo del dinero que el Estado ha tenido que pagar. Al respecto se propone una reforma legal en la cual se establezca un monto máximo que represente un porcentaje de la condena, como ya se viene haciendo en algunos países como Francia; de igual manera, tener en consideración la situación y condiciones económicas del demandado, sus ingresos y patrimonio, para establecer la suma que debe y que pueda efectivamente pagar.

En quinto lugar, un correctivo que podría mejorar la eficacia de la acción de repetición consiste en la flexibilización de la rígida jurisprudencia del Consejo de Estado en materias procesales y probatorias. Se busca una interpretación menos exegética y menos civilista frente a aspectos clave como son la prueba del pago y en general, el valor que se debe dar a los medios de prueba.

En sexto lugar, y en aras de mejorar tanto la presentación de demandas como el seguimiento a los procesos por parte de las entidades demandantes, se propone fortalecer las oficinas jurídicas en aspectos presupuestales,

técnico-logísticos, así como en materia de personal. Se debe mejorar e incentivar el trabajo de los abogados que allí se desempeñan, ya sea mediante una buena remuneración u otorgando incentivos, como bonificaciones sobre la cantidad de dineros sentenciados o recuperados.

En séptimo lugar, se encuentra útil que las entidades destinen un rubro anual dentro del presupuesto, para fortalecer la defensa pública y las acciones de repetición. En sentido similar, se propone también ampliar la exigencia o constitución de pólizas de garantía por cinco años para ciertos cargos, con lo cual se pueda proteger el posible detrimento patrimonial.

En octavo lugar, se formulan otro tipo de acciones para hacer más eficaz la acción de repetición; tal es el caso de extender las consecuencias del fallo condenatorio al ámbito disciplinario, como por ejemplo, que esto se convierta en inhabilidades para el ejercicio de cargos públicos y la contratación estatal. Esto implica por supuesto, realizar las reformas legales del caso, tanto en el código disciplinario, como en la misma Ley 678 de 2001. También se ha propuesto la modificación de la competencia para conocer la AR, en el sentido de que el juez que conoció el proceso de condena al Estado, sea diferente al juez que conoce la acción de repetición; lo anterior para evitar sesgos y prejuizamientos. Esto último sin embargo, puede ser fruto de una mayor discusión y argumentación, pues se encuentran elementos tanto a favor como en contra.

Finalmente, se concluye que para el mejoramiento de la acción de repetición se requiere un mayor concurso y apoyo de los organismos de control del Estado, como son la Procuraduría General de la Nación o la Contraloría General de la República. En este punto se recuerdan los fallos de admonición del Consejo de Estado en los cuales exhorta a la Procuraduría a un mayor seguimiento y participación en los procesos de acción de repetición. Además, las entidades públicas deberían aprovechar y buscar el apoyo de la Agencia de Defensa Judicial del Estado (o quien haga sus veces), en materia de conciliación, prevención del daño antijurídico por parte del Estado y fortalecimiento de la acción de repetición y del llamamiento en garantía con fines de repetición.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bermúdez, M. (1998). *Responsabilidad de los Jueces y del Estado*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.

Gómez, E. (1995). *La Responsabilidad del Estado en la Constitución del '91*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1ª ed.

Henaó, Juan Carlos (1996). "Responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia", en *Jornadas colombo-venezolanas de derecho público*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 793-802. López Morales, J. (2007). *Responsabilidad del Estado por error judicial*, Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2ª edición.

Ortega, V. (2001). *El espejismo de la acción de repetición*. Tesis no publicada para optar a título de posgrado de Instituciones Jurídicas, Política y Derecho Público, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Bogotá.

Parra Gutiérrez, W. (2003). *Responsabilidad patrimonial del Estado*. Daño antijurídico, Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia.

Penagos, Gustavo. (1997). *El daño antijurídico*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

Rodríguez, Libardo (2002 y 2005). *Derecho Administrativo general y colombiano*, Bogotá: Temis.

Ruiz, Wilson (2008). *Responsabilidad Extracontractual* (1ª ed.). Bogotá: Ecoe Ediciones.

Soler, I. y Jiménez, W. G. (2009). "La acción de repetición como mecanismo moralizador de la función pública. Luces y sombras", en: *revista Civilizar* N° 16, Universidad Sergio Arboleda, pp. 73-89. También en: www.usa.edu.co/civilizar/index/htm.

Tamayo, J. (2000). *La responsabilidad del Estado en la Constitución de 1991*. Bogotá: Ed. Temis.

Torres, T. A. (2004). *La acción de repetición eficacia en la jurisdicción Contencioso Administrativa en el departamento de Boyacá 1994 – 2004*. Tesis de especialización no publicada en Instituciones Jurídico Políticas con énfasis en derecho administrativo, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Bogotá.

Vidal Perdomo, J. (1997). *Derecho Administrativo*, Bogotá: Temis S.A., 11ª ed.